

Fesih Eksikliklerinin Tamamlanması İnşaatı

Toplantı No	:	2011/059
Gündem No	:	41
Karar Tarihi	:	22.08.2011
Karar No	:	2011/MK-196

Sıkayetçi:

Ali Faik Kobal İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.

İhaleyi yapan idare:

Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak ve Nato Enf. Dairesi Başkanlığı

Gündem Konusu:

Kamu İhale Kurulunun 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5152 sayılı Kurul Kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesince verilen 25.05.2011 tarih ve E:2011/419, K:2011/2399 sayılı kararı ile "Ankara 12. İdare Mahkemesinin 30.06.2009 tarih ve E:2009/126, K:2010/1168 sayılı" kararının bozulmasına ilişkin Kurul kararı alınması.

Karar:

Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak ve Nato Enf. Dairesi Başkanlığı tarafından 19.09.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Oğulbey Gnrkur. Öz. K. K.lığı Tesisleri Fesih Eksikliklerinin Tamamlanması İnşaatı" ihalesine ilişkin olarak Ali Faik Kobal İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 28.10.2008 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nun 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5152 sayılı Kararı ile, "4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına" karar verilmiştir.

Davacı Ali Faik Kobal İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin vekilli Av. Pervin ÖZCAN - Av. Meltem SOLAZ tarafından anılan Kurul Kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara 12. İdare Mahkemesinin 30.06.2009 tarih ve E:2009/126, K:2010/1168 sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararının davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay 13. Dairesinin 25.05.2011 tarih ve E:2011/419, K:2011/2399 sayılı kararında, "Dava; Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak ve Nato Enformasyon Dairesi Başkanlığı tarafından 19.09.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Oğulbey Genelkurmay Özel Kuvvetler Komutanlığı Tesisleri Fesih Eksikliklerinin Tamamlanması İnşaatı" ihalesine katılan ancak teklifi değerlendirme dışı bırakılan davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddi yönünde verilen 29.12.2008 tarih ve 2008/UY. II-5152 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, uyuşmazlık konusu ihaleye katılan davacı şirketin sunmuş olduğu iş deneyim belgesinde yer alan işlerin Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'e göre "İlçe Tipi İdari Binalar" kategorisinde ve B/IV grubu işler arasında kabul edilmişken, İdari şartnamede benzer iş olarak belirtilen B/III grubu işler arasında bulunması nedeniyle, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

"İhale Kanunu'nun söz konusu ihalenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 10. maddesinde, ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak ihale konusu iş veya benzer işlerde; mal ve hizmet alımları için son beş yıl içinde kamu veya özel sektörde o ise ait sözleşme bedelinin en az %70'i oranında gerçekleştirildiği veya %50'si oranında denetlendiği veyahut yönettiği idarece kusursuz kabul edilen benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgelerin istenebileceği; "Tekliflerin değerlendirilmesi" başlıklı 37. maddesinde, isteklilerin ihale konusu işi yapabileceği kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenerek uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılacağı. 39. maddesinde ise, "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir." hükümlerine yer verilmiştir. Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 3. maddesinde, benzer işin, ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer inşaat usul ve tekniği gerektiren, tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman ile mali güç, ihtisas ve organizasyon gerekleri itibarıyla benzer özellikteki işleri tanımladığı belirtilmiştir.

29.12.2005 tarih ve 26038 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yürürlüğe giren . Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'in ekinde yer alan Benzer İş Grupları Listesi'nde, "(B) Üstyapı (Bina) Grubu İşler" başlıklı kısımda, II tipi idari binalara, III. Grup İşler bölümünde; İlçe tipi idari binalara ise, IV. Grup İşler bölümünde yer verilmiştir.

Dava konusu Kamu İhale Kurulu kararına konu olan ihaleye ait idari şartnamenin 7.4.maddesinde, "Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'de yer alan B/III grubuna ait işler benzer iş olarak kabul edilecektir." düzenlenmiş ve belirtilmiştir.

Doşyanın incelenmesinden; Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak ve Nato Enformasyon Dairesi Başkanlığı tarafından 19.09.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Oğulbey Genelkurmay Özel Kuvvetler Komutanlığı Tesisleri Fesih Eksikliklerinin Tamamlanması İnşaatı" ihalesinde yaklaşık maliyetin 12.057.175,13.-TL olarak belirlendiği, ihaleye davacı ile birlikte bir isteklinin daha teklif verdiği, davacı şirketin en düşük teklifi sunduğu, ancak iş deneyim belgesinin benzer işe uygun bulunmaması nedeniyle teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı, diğer isteklinin teklifinin ise yaklaşık maliyetin üzerinde olduğundan bahisle teklifinin uygun bulunmadığı ve bütün tekliflerin reddedilerek ihalenin iptal edildiği, davacı şirketin 28.10.2008 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, ihaleyi yapan idarenin 04.11.2008 tarihli yazısı ile reddi üzerine; söz konusu ihalede, teklif dosyasında sunulan iş bitirme belgesinin B/III sınıfı olduğuna dair tevsik edici belgelerin ihaleyi yapan idare tarafından istenildiği, bunun üzerine kesin hesap raporu, kesin hakedişteki imalat kalemlerine ait çarşaf listeler ve yapı ruhsatının noter tasdiki olarak sunulduğu, ancak 4734 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca ihalenin iptal edildiği, şartnamenin 7.3.2. maddesine göre sunulan ve Çanakkale/Bozcaada Hükümet Konağı İnşaatı işi için düzenlenen iş deneyim belgesinin şartnamenin 7.4. maddesinde belirtilen benzer işe uygun olmadığı şeklinde değerlendirilmesi nedeniyle firmalarına ait teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı, buna karşın teklifleri ile birlikte sunulan iş deneyim belgesinin B/III sınıfı işler içinde değerlendirilmesi gerektiği, iş deneyim belgesinde belirtilen iş, her ne kadar İlçede yapılmışsa da, söz konusu işin 4 ayrı bölüme ayrılan kompleks bir yapı olduğu, gerek maliyeti gerek büyüklüğü gerekse organizasyon açısından bakıldığında B/III grubu işler içinde yer aldığı, İlçe tipi binalardan çok daha kapsamlı bir iş olduğu iddialarıyla itirazın şikâyet başvurusunda bulunduğu, itirazın şikâyet başvurusu üzerine verilen dava konusu Kamu İhale Kurulu'nun 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5152 sayılı kararında; söz konusu ihalede davacı şirket tarafından "Çanakkale Bozcaada Hükümet Konağı İnşaatı" işine ait iş bitirme belgesinin sunulduğu, ihaleye ait idari şartnamede ise B/III grubu işlerin benzer iş olarak kabul edileceğinin belirtildiği, bahse konu iş deneyim belgesindeki işin Bozcaada İlçesi Hükümet Konağı İnşaatı işi olduğu ancak Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'e göre "İlçe Tipi İdari Binaların" B/IV grubu işler arasında kabul edildiği, idarece Bozcaada İlçe Hükümet Konağı İnşaatı işinin benzer iş kriterine uygun bulunmayarak davacı şirkete ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı, öte yandan; söz konusu ihaleye iki teklif sunulması ve davacı şirkete ait teklifin iş deneyim belgesinin uygun bulunmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılması sonucunda ihalede tek geçerli teklif kalmış, ihalede tek geçerli teklifin işe yaklaşık maliyetin üzerinde bulunması ve teklifi değerlendirme dışı bırakılan davacı şirkete ait teklif fiyatından da 5.828.787,13.-TL daha yüksek olması nedeniyle ihale konusu işin belirlenen tutar kadar daha düşük bir fiyatta ihale edilebileceğinin idarece değerlendirilmesi sonucunda bütün teklifler reddedilerek ihalenin iptal edilmesi işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılarak itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda; davacı şirket tarafından iş deneyiminde iş deneyimini tevsik etmek üzere sunulan iş bitirme belgesinin, Çanakkale Valiliği Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü tarafından 02.03.2007 tarihinde düzenlenmiş olan "Çanakkale Bozcaada Hükümet Konağı İnşaatı" işine ait olduğu, söz konusu iş deneyimine ilişkin belge üzerinde uygulanan yapı teklifinin "Betonarme Karkas", sözleşme tarihinin, "07.12.2009" ve belge tutarının "935.083,00.-TL" olarak belirtildiği, Bozcaada Hükümet Konağının birbirine bağlı 4 ayrı bloktan oluştuğu, 1 bloğunun Bozcaada Adliyesi olduğu, diğer bloklarının ise ilçenin diğer idari yapılarını barındırdığı (Kaymakamlık, özel idare, Mal Müdürlüğü, Müftülük, Topu Dairesi, Müfuz Dairesi, Milli Eğitim Müdürlüğü vb), yapı ruhsatına göre toplam yapı inşaat alanının 5040 m² olduğu anlaşılmakta olup, ihaleyi yapan idare tarafından 07.10.2008 tarihli yazı ile, davacı şirketin teklifi kapsamında sunduğu iş deneyim belgesine konu işin idari şartnamenin 7.4 üncü maddesinde belirtilen benzer iş (B/III.Grubu İşler) uygunluğunu tevsik etmek üzere gerekli belgeleri sunulmasının istenildiği, davacı şirket tarafından 14.10.2008 tarihli yazı ekinde söz konusu işe ait yapı ruhsatı, kesin hak ediş raporu, yeşil defterler (İnşaat imalatları, elektrik tesisat imalatı, asansör imalatı, kalorifer imalatı, sıhhi tesisat imalatı, müsteker tesisat imalatı, nakliyeler) ve iş artışı yapılmasına ilişkin 1 sayfa gerekçe raporunun sunulduğu, ihaleyi yapan idare tarafından yapılan inceleme sonucunda, ihaleye ait idari şartnamede B/III grubu işlerin benzer iş olarak kabul edileceğinin belirtildiği, iş Bitirme Belgesindeki "Bozcaada İlçesi Hükümet Konağı İnşaatı" işinin işe Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'e göre B/IV grubu "İlçe Tipi İdari Binalar" arasında olduğu gerekçesiyle sunulan iş deneyim belgesinin benzer işe uygun bulunmadığı ve davacı şirketin bu nedenle değerlendirme dışı bırakıldığı görülmektedir.

Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'in "(B) Üstyapı (Bina) Grubu İşler" başlığı altında yer alan IV. Grup İşler arasında "İlçe tipi binalar" adı altında yer alan bina tipi, yalnızca yapının bulunduğu yer itibarıyla sınıflandırılmış olup, bu sınıflandırmaya işin niteliğini ortaya koymadığından, yapılan işin ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösterip göstermediği noktasında belirleme yapılabilmek için, yapının, inşaat tekniği, tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman ile mali güç, ihtisas ve organizasyon gerekleri itibarıyla incelenmesi zorunluğunun bulunduğu açıktır. Bu durumda, Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ'de "II Tipi İdari Binalar" B/III Grubu İşler arasında, "İlçe Tipi İdari Binalar" ise B/IV Grubu İşler arasında değerlendirildiği, II tipi idari binalar ile İlçe tipi idari binaların nitelik, büyüklük ve inşaat usul ve tekniği yönünden birbirlerine benzer özellikler gösterebilecekleri gibi ilçede yapılan idari binaların illerde yapılan idari binalardan nitelik ve büyüklük bakımından veya inşaat usul ve tekniği bakımından daha üstün özellikler taşımalarının önünde herhangi bir yasal engel bulunmadığı, buna rağmen İlçe tipi idari binaların II tipi idari binalardan daha farklı grupta değerlendirildiği, bu değerlendirilmenin bazı durumlarda hakkanyete uygun olmayan sonuçlar meydana getirebileceği, bu nedenle davacı şirket tarafından sunulan iş bitirme belgesinde yer alan işin, ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından ve inşaat usul ve tekniği ile tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman ile mali güç, ihtisas ve organizasyon gerekleri itibarıyla benzer özellik gösterip göstermediği yönünde Kamu İhale Kurulu tarafından bir değerlendirme yapılarak, bu değerlendirme sonucuna göre işlemin tevsik gerekirken, bu yönde bir değerlendirme yapılmadan, ihaleyi yapan idarenin tespitlerinden ve anılan Tebliğ'de yer alan kategorilerden yola çıkarak davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5152 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda hüküm kuran İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."şeklinde gerekçe belirtilerek Ankara 12. İdare Mahkemesinin 30.06.2009 tarih ve E:2009/126, K:2010/1168 sayılı kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya inkansız kararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında ise; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eyleme bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde

kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulu'na işlem tesis edilmesi gerektiğinden, Açıklanan nedenlerle;

1) Kamu İhale Kurulu'nun 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5152 sayılı Kararının iptaline,

2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda yeniden inceleme yapılmasına,

Öybirliği ile karar verildi.